

Selbstermächtigung und Selbstentmachtung in einem – die Europäische Union und der Investorenschutz nach CETA

VB verfassungsblog.de/selbstermaechtigung-und-selbstentmachtung-einem-die-europaeische-union-und-der-investorenschutz-nach-ceta/

Axel Flessner Di 11 Nov 2014

Di 11 Nov
2014

Die Europäische Union ist ein Zweckverband mit bestimmten Zuständigkeiten und Aufgaben („Politiken“), die ihm mit seiner Verfassung (EUV und AEUV) zugeteilt worden sind. Der internationale Investorenschutz, den die EU-Kommission mit den Freihandelsverträgen CETA (und dann TTIP) verbinden will, soll der Union und den Mitgliedstaaten bestimmte Gebote und Verbote zum Schutz der kanadischen (und amerikanischen) Investoren auferlegen und sie für Verstöße dagegen einer Haftung gegenüber den Investoren und im Streitfall einer eigenen Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen. Was Deutschland angeht, habe ich in diesem Verfassungsblog unter dem [„Schwerpunkt: Investitionsschutz im TTIP in der Kritik“](#) [begründet](#), dass dieses Sonderrecht zwischen ausländischen Investoren und Staat mit dem Grundgesetz unvereinbar wäre und von Bundesregierung und dem deutschen Gesetzgeber abgelehnt werden muss (kritisch dort auch die Beiträge von [Krajewski](#), [Feichtner](#), von [Bernstorff](#), [Stoll](#), allerdings ohne die verfassungsrechtlichen Folgerungen). Man muss die Verfassungsrechtsfrage aber, eigentlich sogar vorrangig, auch der Europäischen Union nach ihrem Verfassungsrecht stellen. Ist sie als Zweckverband mit begrenzten Einzelermächtigungen überhaupt befugt, sich selbst und ihre Mitgliedstaaten dem gewollten Investorenschutz auszusetzen?

Der mit Kanada verhandelte Text eines „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ (CETA), das die Kommission dem Rat der EU zum Abschluss empfehlen will, [liegt seit Ende September vor](#). In zwei ausführlichen Rechtsgutachten ist er inzwischen für unvereinbar mit dem EU-Recht erklärt worden. Professor *Franz C. Mayer* (Universität Bielefeld) kommt zu dem [Ergebnis](#), dass der Text in mehrfacher Hinsicht über die Zuständigkeiten der Union hinausgreift und damit in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten unzulässig eingreift. Im [Gutachten](#) von Professor *Andreas Fischer-Lescano* und *Johan Horst* (Universität Bremen) wird außerdem dargestellt, dass der Text auch die inhaltlichen Maßstäbe verfehlt (Menschenrechte, Umweltschutz, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit), die der Union von EUV und AEUV gesetzt sind. Kompetenzrechtlich ist auf Grund der Gutachten festzustellen: Die Kommission betreibt mit CETA eine Selbstermächtigung und eine Selbstentmachtung der EU in einem. Das Kunststück kann aber nach Gesetz und Recht der Union nicht gelingen. Dies wird im folgenden ergänzend zu den Gutachten begründet.

Die Selbstermächtigung

Die anmaßende Einstellung der europäischen Verhandler gegenüber den Mitgliedstaaten zeigt sich bereits in der Grundanlage von CETA. Das Abkommen folgt der Methode der „Negativliste“. Es unterwirft zunächst alle rechtlichen und faktischen Maßnahmen der EU und ihrer Mitgliedstaaten seinen Regeln und nennt dann in Negativkatalogen diejenigen Bereiche und Maßnahmen, die von seinen Regelungen nicht berührt werden, also freigestellt bleiben sollen. Für die EU ist diese Regelungstechnik verfassungsrechtlich fragwürdig. Wie kann ein Zweckverband, der nach dem „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“ (Art. 5 EUV) konstruiert ist, zunächst so tun, als habe er für ausländische Investoren eine Allzuständigkeit, um dann erst über ausdrückliche Freistellungen die Regelungen des Abkommens seinen begrenzten Zuständigkeiten anzupassen? Man kann diese Regelungsweise seinem Verhandlungsorgan nur nachsehen, weil es auf der anderen Seite mit Kanada einen voll souveränen Staat vor sich hatte, für den diese Regelungsweise die natürliche sein konnte. Dann musste man sich aber auf der Unionsseite sehr sicher sein können, dass man mit den Freistellungsregeln alle Bereiche erfassen würde, für welche die Union nicht die Regelungsmacht hat. Das ist nicht gelungen. Außer den in den Gutachten genannten sind es zum Beispiel vier besonders wichtige Bereiche, auf denen und für welche die Union gegenüber den Mitgliedstaaten eindeutig

keine Macht zur Auferlegung von Verhaltenspflichten und ihrer gerichtlichen Durchsetzung hat: a) das Steuerrecht, b) der Kulturbereich, c) die Eigentumsordnung, d) die Staatshaftung.

(a) Im *Steuerrecht* hat die Union nur eine Kompetenz zur Harmonisierung der Umsatzsteuern und anderer indirekter Steuern (Art. 113 AEUV); eigene Steuern einführen oder den Mitgliedstaaten Steuern verbieten, die mit EUV und AEUV an sich vereinbar sind, darf sie nicht. Das Steuerrecht wird zwar von CETA in Kap. 32 Art. X.6 freigestellt, aber das gilt nur für bestehende Steuern, betrifft nicht die Einführung neuer Steuern. Eine neue deutsche Vermögenssteuer, eine Maut für die Bundesstraßen, ein neuer Rundfunkbeitrag, wenn sie auch kanadische Investoren treffen, könnten also nach CETA als „ungerecht“ oder enteignend angegriffen werden. Schon die sehr verwickelte Fassung der Freistellungsvorschrift könnte in der Steuerpraxis als aufgenötigte CETA-Anwendung empfunden werden, selbst wenn die Freistellung dann im konkreten Fall bejaht werden kann.

(b) Im *Kulturbereich* hat die EU nur die Kompetenz zur Wahrung und Förderung der Kulturvielfalt und des Kulturaustausches, *nicht* zur Harmonisierung (Art. 167 AEUV). Eine Freistellung für diesen Bereich von CETA-Verpflichtungen erhalten sie und ihre Mitgliedstaaten aber nur für audio-visuelle Dienste, also für Rundfunk, Film, Musikindustrie; auf allen anderen Teilbereichen (gedruckte Literatur, Theater, Museen und vor allem im Schul- und Hochschulbereich) kann staatliches Handeln von kanadischen Investoren als ihnen gegenüber ungerecht und enteignend angegriffen werden.

(c) CETA definiert, was eine Enteignung ist und wann ihr wegen zu entschädigen ist. Die Enteignungsmacht des Staates gehört zu den Grundelementen einer *Eigentumsordnung*, die sich ja immer aus privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Elementen zusammensetzt. Nach Art. 345 AEUV bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten von EUV und AEUV aber „unberührt“, die Union muss sie respektieren, solange die mitgliedstaatliche Ordnung nicht von sich aus Verletzungen des Unionsrechts begründen soll.

(d) CETA soll eine finanzielle Haftung der europäischen Mitgliedstaaten für ihr hoheitliches Handeln gegenüber kanadischen Investoren begründen, eine *Staatshaftung*. Diese für die Mitgliedstaaten zu regeln und ihnen so potentielle Verbindlichkeiten aufzuerlegen, hat die EU keine Kompetenz. CETA, sobald wirksam abgeschlossen, wird zwar Bestandteil des Unionsrechts (Art. 216 Abs. 2 AEUV), und der EuGH leitet aus EUV und AEUV her, dass ein Mitgliedstaat unter Umständen auch finanziell für Verluste einstehen muss, die er durch Verstöße gegen Unionsrecht einzelnen Personen zugefügt hat. Der Gerichtshof hat aber wohlweislich die nähere Ausgestaltung dieser Haftung und den für Streitfälle vorzusehenden Rechtsweg den Mitgliedstaaten überlassen – der Mitgliedstaat muss nur überhaupt eine Haftung für sein europarechtswidriges Staatshandeln und einen effektiven Rechtsschutz dafür vorsehen. In Deutschland ist dies durch Art. 14 Abs. 3 und Art. 34 GG gewährleistet. Die dort vorgesehene Haftung auf Entschädigung oder Schadensersatz sowie den dort gewiesenen ordentlichen Rechtsweg zu den deutschen Gerichten darf die EU nicht abschneiden – mit der Staatshaftung nach CETA übernimmt sie sich gegenüber den Mitgliedstaaten eklatant.

Das Übergreifen von CETA in Regelungsbereiche, die den Mitgliedstaaten vorbehalten sind, führt dazu, dass das Abkommen nur gemeinsam mit allen Mitgliedstaaten, also als „gemischtes“ Abkommen abgeschlossen werden kann. Dies ist zur Zeit der Standpunkt der deutschen Bundesregierung. Wenn sie dafür aber keine ausreichende Gefolgschaft im Rat der EU findet und das Abkommen deshalb nur von der EU abgeschlossen wird, kann es beim EuGH oder letztlich beim BVerfG angegriffen werden. Ein EU-Abkommen, das in die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten eingreift und sie in ihrem Kulturbereich reglementiert, ihnen sogar potentielle Staatshaftung auferlegt, hat gute Aussicht, in Karlsruhe als „ausbrechender Rechtsakt“ qualifiziert zu werden. Die gerade neu besetzte EU-Kommission unter Präsident *Juncker* hätte also Grund, den kompetenzanmaßenden Kurs der „alten“ Kommission, besonders des Handelskommissars *de Gucht*, noch rechtzeitig zu korrigieren.

Die Selbstentmachtung

Wenn die EU das Abkommen (gemeinsam mit den Mitgliedstaaten) wirksam abgeschlossen hat, ist CETA

verfassungsrechtlich noch nicht gerettet. Die für Außenhandelspolitik zuständige Union muss auch ihr übriges Rechtssystem beachten, namentlich hat sie nicht nur das Recht (die „Kompetenz“), sondern auch die Verpflichtung, eine „Gemeinsame Handelspolitik“ (Art. 206, 207 AEUV) zu betreiben, nachdem EUV und AEUV ihr dafür die ausschließliche Zuständigkeit gegeben haben, die Mitgliedstaaten eine eigene Außenhandelspolitik also nicht mehr betreiben dürfen. Dieser Verpflichtung würde sie sich entziehen, wenn sie sich im Verhältnis zu Kanada einer Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen würde, welche die Union und die Mitgliedstaaten für ihr hoheitliches Handeln zu Schadensersatz und Entschädigung an kanadische Investoren verurteilen dürfen – eine Selbstentmachtung der Union gegenüber Privaten und zugunsten einer außerunionalen Instanz.

In dem Gutachten von *Fischer-Lescano/Horst* wird in der Überlassung der gerichtlichen Rechtsanwendung an Institutionen außerhalb der Union ein Verstoß gegen die „Autonomie des Unionsrechts“ gesehen, die vom EuGH traditionell hochgehalten wird. Das liegt in der Logik des Europarechts. Mit dem wirksamen Abschluss von CETA wird dessen Inhalt zum Bestandteil des Unionsrechts (Art. 216 Abs. 2 AEUV) und damit der EuGH zum obersten Interpreten auch dieses Teils des Unionsrechts. Die Schiedsgerichtsbarkeit zieht die Anwendung dieses Rechts und seine Interpretation aber an sich. CETA verstößt deshalb mit der Abtretung dieser Anwendungs- und Interpretationsmacht auch gegen den institutionellen Aufbau der Union. Selbst die beharrlichen Fürsprecher der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit in Rechtswissenschaft und Europäischer Kommission sehen darin für ihre Klientin ein ernstes Problem – dem sie mit subtilen Erwägungen auszuweichen versuchen. Die Auslegungskompetenz des EuGH wäre allerdings gewahrt, wenn den Schiedsgerichten die Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV geboten werden könnte – was aber politisch in den Verhandlungen über den Investorenschutz schwerlich zu erreichen ist und eine Änderung der Europäischen Verträge voraussetzen würde.

Die hier diagnostizierte Selbstentmachtung der EU ist aber ohnehin ernsterer Natur; sie betrifft nicht nur den EuGH, sondern die gesamte Union. Diese hat als Ganzes die Zuständigkeit für und die Verpflichtung zur Gemeinsamen Handelspolitik erhalten. Wenn diese Politik zum Abschluss von internationalen Verträgen geführt hat, gehört auch die dauerhafte Durchsetzung und die Kontrolle der Einhaltung dieser Verträge zu dieser Handelspolitik. Die Union kann sich nicht zugleich mit dem Abschluss des Vertrages aus seiner künftigen Pflege verabschieden, indem sie die Verwaltung und Durchsetzung des Vertrages in fremde Hände legt. Sie muss sich vielmehr mit allen ihren Organen auch um die Einhaltung des Vertrages selbst kümmern. Gegenüber den Mitgliedstaaten geschieht dies durch das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 251 AEUV. Gegenüber Kanada mag sie mit diesem ein Schiedsgericht vereinbaren, in dem sie selbst, vertreten durch die Kommission, und Kanada als Partei auftreten, die Kompetenz zur Bildung eines solchen Schiedsgerichts der Vertragsparteien selbst hat sie unbestritten als einen Bestandteil ihrer Vertragsschlusskompetenz nach Art. 216 AEUV; in der Welthandelsorganisation (WTO), der die Union angehört, sind solche Schiedsgerichte gang und gäbe und haben sich bewährt. Und gegen Verstöße ihrer eigenen Organe gegen CETA gibt es die Nichtigkeitsklage beim EuGH nach Art. 263 AEUV.

Mit diesen Verfahren bleibt die Verwaltung des abgeschlossenen Vertrages in der Hand der Europäischen Union. Für eine Weitergabe des administrativen und judikativen Anteils der Außenhandelskompetenz der Union an private Kläger und externe Gerichte gibt es in EUV und AEUV keine Ermächtigung; die Union muss ihre Aufgaben vielmehr selbst erfüllen und dafür gegenüber den Unionsbürgern und den Mitgliedstaaten die Verantwortung tragen.

Die Abtretung ihrer Rechtsprechungskompetenz an private Kläger und Schiedsgerichte würde die Union auch in erhebliche Verstöße gegen andere ihrer Prinzipien drängen. Die Union ist nach Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV und Art. 7 AEUV zur *Kohärenz* zwischen ihren Politiken verpflichtet. Wie soll sie Kohärenz gewährleisten, wenn sie beim internationalen Investitionsschutz das Feld einer unbestimmbar vielen Zahl von privaten einzelnen Klägern, den einzelnen Mitgliedstaaten als Beklagten und jeweils anderen von diesen Parteien zusammengestellten und der EU nicht verantwortlichen Schiedsgerichten überlässt? Sie soll auch nach dem Grundsatz der *Offenheit* handeln. Wie soll das gehen, wenn über die Einhaltung von CETA Schiedsgerichte urteilen, für die Offenheit nach außen traditionell widernatürlich ist? Der *Haushalt* der EU muss in Einnahmen und Ausgaben ausgeglichen sein und die Union darf „keine Rechtsakte (erlassen), die erhebliche Auswirkungen auf den Haushaltsplan haben können, ohne die Gewähr zu bieten, dass die mit diesen Rechtsakten verbundenen Ausgaben ... finanziert werden können“ (Art.

310 Abs. 4 AEUV). Parlament, Rat und Kommission müssen deshalb „(sicherstellen), dass der Union die Finanzmittel zur Verfügung stehen, die es ihr ermöglichen, ihren rechtlichen Verpflichtungen gegenüber Dritten nachzukommen“ (Art. 323 AEUV). Was bedeutet das noch, wenn Rat und Parlament durch eine Zustimmung zu CETA sich erlauben würden, die EU auf eine Haftung gegenüber einer unbestimmbaren Zahl von Klägern für eine unbestimmte Art und Zahl von Fällen zu verpflichten? Sie würden bewusst Tretminen legen, die im Haushaltsjahr jederzeit hochgehen können. Und schließlich die Regelung der *Unionshaftung* selbst: Die Unionsverfassung regelt ausdrücklich die Haftung für rechtswidrige Schadenszufügung durch ihre Organe (Art. 340 Abs. 2 AEUV) und setzt für den Rechtsstreit darüber den EuGH als zuständiges Gericht ein (Art. 269 AEUV). Wie kommt die Union dazu, diese ihr durch ihre Verfassung gegebene Haftungs- und Zuständigkeitsordnung durch eine andere (nach CETA) zu ersetzen?

Es zeigt sich, dass der Investorenschutz nach der Art von CETA vollkommen querliegt zu den Grundsätzen, nach denen die Europäische Union aufgebaut ist. Gegen diese Feststellung hilft auch nicht das Argument, dass der Investorenschutz dieser Art seit mehr als 30 Jahren die Praxis der internationalen Staatsverträge ist. Das Argument der ständigen Staatenpraxis hört sich vielleicht im Völkerrecht gut an. Hier aber geht es um das innere, mühsam austarierte Verfassungsrecht der Union (und auch um das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten). Die internationale Staatenpraxis hat hier gegen die Verfassungsurkunde keine Kraft. Und für die EU gibt es auch noch keine solche „ständige Praxis“. CETA ist das erste Abkommen dieser Art, das die Union nach dem Willen ihrer Kommission abschließen soll.

Seit vielen Jahren erklärt die EU in öffentlichen Dokumenten, dass sie Außenhandelspolitik weltweit einheitlich nach ihren in EUV und AEUV proklamierten Grundsätzen betreiben möchte. Die Befürworter von CETA und TTIP räumen inzwischen ein, dass der besondere Schutz der ausländischen Investoren im Verhältnis von Europa und Nordamerika nicht benötigt wird. Sie werben für ihr Projekt damit, dass im Bündnis mit Kanada und den USA die gemeinsamen („transatlantischen“) Maßstäbe als Vorbild für das sich entwickelnde globale Wirtschaftsrecht (gegen China und andere aufkommende nicht-westliche Mächte!) etabliert werden könnten – *Global Governance* durch weltweiten Investorenschutz nach westlicher Art, das zu entwickelnde „internationale Investitionsschutzrecht als Grundpfeiler rechtsstaatlicher internationaler Wirtschaftsbeziehungen“ (so ein deutscher Vertreter des Wirtschaftsvölkerrechts). Juristisch ist aus der Sicht des geltenden Unionsrechts aber Nüchternheit geboten. Mögen die Organe der Union aus ihren weltpolitischen und weltrechtlichen Träumen und Versuchungen zurückfinden zu den wohlerwogenen Bauprinzipien der Unionsverfassung!

LICENSED UNDER CC BY NC ND

SUGGESTED CITATION Flessner, Axel: *Selbstermächtigung und Selbstentmachtung in einem – die Europäische Union und der Investorenschutz nach CETA*, *VerfBlog*, 2014/11/11, <http://verfassungsblog.de/selbstermaechtigung-und-selbstentmachtung-einem-die-europaeische-union-und-der-investorenschutz-nach-ceta/>.